

EL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD EN COLOMBIA¹

Por

FRANKLIN MORENO MILLÁN

Profesor Universidad Libre Seccional Cali, Colombia y Universidad Central del Valle del Cauca, Colombia

Candidato a doctor en derecho (Universidad Rey Juan Carlos). Procurador judicial II para asuntos administrativos. Colombia

fmorenomillan@gmail.com / fjmoreno@procuraduria.gov.co

Revista General de Derecho Público Comparado 25 (2019)

RESUMEN: En el sistema jurídico colombiano, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional. En consecuencia, los árbitros gozan de las potestades declarativas que tienen los jueces de lo contencioso administrativo cuando juzgan a la Administración Pública. Si ello es así, y si tienen la competencia para declarar la nulidad de actos administrativos, con excepción de los que se dictan en ejercicio de facultades excepcionales, tienen también la competencia para hacer uso de la excepción de ilegalidad.

PALABRAS CLAVE: Características del arbitraje, Concepto de ley, Excepción de ilegalidad, Naturaleza del arbitraje, Validez normativa.

SUMARIO: I. LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE. - I.1. Importancia de la aceptación de una tesis sobre el arbitraje. - I.2. Las tesis sobre el arbitraje. - I.2.1. La tesis contractual. - I.2.2. La tesis jurisdiccional. - I.2.3. La tesis causi-jurisdiccional o para-jurisdiccional. - I.2.4. La tesis ecléctica o mixta. - I.2.5. La teoría autónoma. - I.3. La aceptación de las tesis acerca de la naturaleza del arbitraje en el caso colombiano. - I.3.1. Elementos de partida. - I.3.1.1. Ubicación constitucional del arbitraje. - I.3.1.2. Características del arbitraje en el derecho colombiano. - I.3.1.2.1. Voluntario. - I.3.1.2.2. Temporal. - I.3.1.2.3. Excepcional. - I.3.1.2.4. Procesal. - I.3.2. La tesis de la jurisprudencia constitucional. - I.3.4. La posición de la doctrina colombiana. - II. EL CONTROL DE EXCEPCIÓN DENTRO DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. - II.1. El concepto de validez como fundamento epistemológico del control de excepción. - II.2. El concepto de ley. - II.3. El concepto de excepción de ilegalidad del acto administrativo como expresión del control de excepción. - II.4. La excepción de ilegalidad en el arbitraje en derecho administrativo colombiano.

ARBITRATION IN ADMINISTRATIVE LAW AND THE EXCEPTION OF ILLEGALITY IN COLOMBIA

ABSTRACT: In the Colombian legal system, arbitration has a jurisdictional nature. Consequently, the arbitrators enjoy the declarative powers that the administrative litigation judges have when they judge the Public Administration. If this is the case, and if they have the competence

¹ Este artículo es parte de los avances de la tesis doctoral que se está trabajando sobre los alcances del arbitraje en el derecho administrativo, un análisis comparado España - Colombia, bajo la dirección del profesor doctor Javier Guillén Caramés en la Universidad Rey Juan Carlos de España.

to declare the nullity of administrative acts, with the exception of those that are issued in the exercise of exceptional powers, they also have the competence to make use of the exception of illegality.

KEY-WORDS: Characteristics of arbitration, Concept of law, Exception of illegality, Nature of arbitration, Normative validity

SUMMARY: I. THE THESES ON THE NATURE OF ARBITRATION. - I.1. Importance of the acceptance of a thesis on arbitration. - I.2. Theses on arbitration. - I.2.1. The contractual thesis. - I.2.2. The jurisdictional thesis. - I.2.3. The thesis quasi-jurisdictional or para-jurisdictional. - I.2.4. The eclectic or mixed thesis. - I.2.5. The autonomous theory. - I.3. The acceptance of the theses about the nature of arbitration in the Colombian case. - I.3.1. Starting elements. - I.3.1.1. Constitutional location of arbitration. - I.3.1.2. Characteristics of arbitration in Colombian law. - I.3.1.2.1. Voluntary. - I.3.1.2.2. Temporary. - I.3.1.2.3. Exceptional. - I.3.1.2.4. Procedural. - I.3.2. The thesis of constitutional jurisprudence. - I.3.4. The position of the Colombian doctrine. - II. THE CONTROL OF EXCEPTION WITHIN ARBITRATION IN ADMINISTRATIVE LAW. - II.1. The concept of validity as an epistemological foundation of exception control. - II.2. The concept of law. - II.3. The exception concept of illegality of the administrative act as expression of exception control. - II.4. The exception of illegality in arbitration in Colombian administrative law.

Fecha de aceptación: 14/05/2019

Fecha de recepción: 01/06/2019

I. LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE

I.1. Importancia de la aceptación de una tesis sobre el arbitraje

En el arbitraje, interno e internacional, como en muchos otros institutos jurídicos, concurren diversas tesis sobre su naturaleza, las cuales, lejos de generar consensos, como en la Torre de Babel, rompen el diálogo entre los participantes, en razón a la ausencia de un código de lenguaje que sirva como vehículo para la unificación de posiciones².

Esas diferencias, trascienden de lo puramente conceptual a lo epistemológico, a la par que impiden acercarse a los fundamentos de la arquitectura normativa del arbitraje, conocer sus alcances, limitaciones e implicaciones prácticas. En otras palabras, la

² R. Becerra Toro, *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*, Cali, Cámara de Comercio de Cali, 2013, p. 19. Sobre la importancia de la unificación del lenguaje en las discusiones científicas, véase P. R. Bonorino y J. I. Peña Ayazo, *Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008, p. 145; F. Carnelutti, *Metodología del derecho*. (Trad. Ángel Osorio), Bogotá, Temis, 2011, p. 64; F. Moreno Millán, *La acción ciudadana de inconstitucionalidad. Devenir dogmático*, Cali, Universidad de San Buenaventura, 2013, p. 29; F. Moreno Millán, "El concepto de paz en la Constitución Política de Colombia de 1991: reconstrucción dialéctica de su significado a partir de la jurisprudencia de la corte Constitucional", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Año 21, 2014, Nº 2, p. 305-346, p. 314.

naturaleza de una institución, y esto no es ajeno al arbitraje, se convierte en el faro que orienta la interpretación de las normas que la regulan³.

Lo anterior justifica, por un lado, una breve reseña de las tesis sobre la naturaleza del arbitraje y, por el otro lado, una toma de posición que sirva de marco teórico para la defensa de la tesis que se piensa sostener, en el sentido que, en el derecho administrativo colombiano, los árbitros están facultados para hacer uso de la excepción de ilegalidad, en contravía de lo que señalan tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado.

I.2. Las tesis sobre el arbitraje

La discusión sobre la naturaleza del arbitraje, como denuncia Oppetit⁴, responde, por lo general, a la pregunta de si el árbitro actúa como un juez, con jurisdicción, o si es un mandatario que recibe una autorización común para culminar una actividad.

En términos generales, son cinco las posiciones sobre la naturaleza del arbitraje: (i) contractual, (ii) jurisdiccional, (iii) cuasi-jurisdiccional, (iv) ecléctica y (v) mixta. Dependiendo de la tesis que se acepte en cada sistema jurídico, por lo menos en el arbitraje interno⁵, serán las facultades de los árbitros.

I.2.1. La tesis contractual

Desde la perspectiva de la tesis contractual o privatista⁶, el arbitraje goza de las características propias de un contrato y la alusión a un “proceso” arbitral no pasa de ser una metáfora que no altera su esencia.

³ M. Rodríguez Mejía, *Medidas cautelares en el proceso arbitral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 39.

⁴ B. Oppetit, *Teoría del arbitraje*, Traducción Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza, José Joaquín Caicedo Demoulin, Bogotá, Legis, 2006, p. 163.

⁵ La existencia de estatutos como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (“Convención de Nueva York”), el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1961, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados CIADI, la Ley Modelo de la Misión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional CNUDMI, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, 2017, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, 1998 y las Reglas de arbitraje comercial y procedimientos de mediación de la *American Arbitration Association*, llevan inexorablemente a la conclusión de que el arbitraje internacional presenta menos vicisitudes que el arbitraje interno.

⁶ J. F. Merino Merchán, J. M. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, 4ª ed, Pamplona, Thomson Reuters, Civitas, 2014, p. 251. C. I. Ballesteros Panizo, *El arbitraje de derecho público*, Navarra, Thomson Reuters, 2017, p. 34. J. F. Riachi Sanabria, en “La acción de tutela en el

La tesis contractual se funda en el carácter voluntario del pacto arbitral, sin el cual no hay arbitraje⁷. En consecuencia, el árbitro es un mandatario, cuya autoridad deriva de la habilitación otorgada por los interesados; se genera una relación embrionaria entre pacto y laudo; el laudo viene a ser la ejecución de un contrato; en últimas, pacto y laudo son un acto jurídico complejo⁸. Como afirman Merino Merchán y Chillón Medina⁹, los árbitros imponen su voluntad gracias a la voluntad contractual.

Diversas normas del que se podría denominar sistema jurídico arbitral internacional pareciera que adoptan la tesis de la naturaleza contractual del arbitraje. Por ejemplo, en el numeral 1º del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) ("Convención de Nueva York"), se afirma que, cada uno de los Estados parte reconocerá "el acuerdo por escrito" a través del cual las partes involucradas en un conflicto someten sus diferencias al arbitraje.

Por su parte, en el artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, se señala que, goza de validez, "el acuerdo" por el cual las partes someten sus diferencias a decisión arbitral.

Finalmente, en el artículo 7º de Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, se define el "acuerdo de arbitraje" como aquel por el cual las partes someten sus diferencias a arbitraje.

En el caso colombiano, aunque en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 se dice que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos y que el laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje, en el artículo 3º de la misma ley, se define el pacto arbitral como el "negocio jurídico" en virtud del cual las partes involucradas en un conflicto someten a arbitraje sus diferencias actuales o futuras.

Para la doctrina colombiana¹⁰, el pacto arbitral es un acto jurídico, bilateral o plurilateral, donde se expresa la voluntad de los contratantes, quienes otorgan

arbitraje comercial internacional: Una aproximación metodológica frente a su procedencia", en *Revista de derecho privado*, No. 56, 2016, Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 1-33, p. 8.

⁷ En este sentido, E. C. Pérez-Luño Robledo, *La reforma del arbitraje. Presupuestos, antecedentes y alcance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, cita 1, p. 26. A. Preciado Arbeláez, "De la voluntariedad y los pactos arbitrales abusivos en el derecho colombiano", en *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Legis, 2013, p. 75. J. A. Pérez Solano, "El concepto y la naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano", en *Justicia*, No. 32, Barranquilla, pp. 259-282, p. 11.

⁸ P. Aylwin Azocar, *El juicio arbitral*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1958. R. Becerra Toro, *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*, op. cit. M. Rodríguez Mejía, op. cit., p. 40. A. Salcedo Flórez, "En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje", en *Revista Análisis Internacional*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, No. 2, 2010, pp. 147-154, p. 149.

⁹ J. F. Merino Merchán, J. M. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, cit., P. 253.

¹⁰ N. H. Martínez Neira, "El pacto arbitral", en *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*, Bogotá, Temis, 1988. N. H. Martínez Neira, "El pacto arbitral", en *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y*

jurisdicción especial a unos terceros llamados árbitros, para que diriman un conflicto, presente o futuro, a través de una decisión a la que se denomina laudo arbitral.

Para que sea válido el pacto arbitral, expresado como cláusula compromisoria o compromiso, deben concurrir todos los elementos del contrato: capacidad, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita¹¹.

Se podría decir, que el contrato de arbitraje tiene carácter sinalagmático, toda vez que las partes adquieren la obligación recíproca de excluir a la justicia estatal de la solución de sus conflictos¹². En tal sentido, el arbitraje es una limitación al monopolio estatal de justicia, autorizado por el Legislador, que debe cumplir con los requisitos de validez de todo contrato

Es quizá desde la equiparación entre pacto arbitral y arbitramento que se construye la tesis contractual del arbitraje: Si el pacto reviste de tal naturaleza, lo propio ocurre con el arbitraje, que no es otra cosa que su materialización.

1.2.2. La tesis jurisdiccional

El principio de separación de funciones, el más importante del constitucionalismo contemporáneo¹³, encuentra sus raíces, según afirma Rodríguez-Zapata¹⁴, en el constitucionalismo liberal de los siglos XVI y XVII, en especial con los aportes de Locke¹⁵ y Montesquieu¹⁶.

La separación de funciones tiene sus antecedentes normativos en las constituciones de Massachusetts de 1780¹⁷ y New Hampshire de 1783¹⁸ en los Estados Unidos de

aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá, Legis, 2013. En este sentido, el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 cataloga el convenio arbitral como un “negocio jurídico”.

¹¹ Así lo señala el artículo 1502 del Código Civil colombiano, en punto de los requisitos para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad.

¹² C. Larroumet, “A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y su autonomía”, en *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005, p. 14.

¹³ F. Moreno Millán, *Aspectos constitucionales del Control Fiscal en Colombia*, Cali, Universidad de San Buenaventura Cali, 2012; M. J. C. Vile, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. V. Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 6 ed., Bogotá, Temis, 1995, pp. 231 y s.s.

¹⁴ J. Rodríguez-Zapata, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996.

¹⁵ J. Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Aguilar, 1963.

¹⁶ C. L. Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Ediciones Libertad, 1944.

¹⁷ “In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them”.

¹⁸ “In the government of this State, the three essential powers thereof, to wit, the Legislative, Executive, and Judicial, ought to be kept as separate from, and independent of, each other...”.

Norteamérica. Posteriormente, vendría a aparecer en el artículo 16 de la Declaración Francesa de derechos de 1789¹⁹.

Desde la perspectiva del principio de separación de funciones, existe una función especial y privativa del poder público, mediante la cual se resuelven los casos concretos, en forma definitiva, con carácter de cosa juzgada, a la que se denomina *función judicial*. Dicha función, está en cabeza de un órgano especializado y permanente, sufragado por el Estado, que actúa, inclusive, sin petición ciudadana y a veces contra su voluntad.

La tesis jurisdiccional del arbitraje, también llamada postura procesal, en tanto el arbitraje parte de un proceso, aboga por la asimilación entre el proceso arbitral y el proceso judicial, entre laudo arbitral y sentencia judicial y entre árbitro y juez. Señala que en el arbitraje se presentan todos los elementos de los procesos judiciales, en resumen, el arbitraje es un proceso y el árbitro es un juez²⁰.

Las razones por las que se reconoce naturaleza jurisdiccional al arbitraje se pueden resumir de la siguiente manera²¹:

Primero, la función jurisdiccional, es una de las tres funciones clásicas del poder público²², privativa del Estado, en tanto el Estado la ha reservado para sí, no pudiendo ser ejercida libremente por los particulares²³.

Segundo, en virtud de la delegación que hace el Legislador, el arbitraje asume la connotación de función judicial de carácter temporal. El hecho de que sea una función pública transitoria²⁴, no enerva su carácter jurisdiccional²⁵.

Tercero, el pacto arbitral surge del consenso de las partes en tanto el arbitraje parte del principio de voluntariedad. Sin embargo, ello es posible gracias a la autorización de la ley, que instituye a los árbitros como una categoría de tribunal y los dota del poder de administrar justicia²⁶.

¹⁹ “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”.

²⁰ J. F. Merino Merchán, J. M. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, cit., p. 247. C. I. Ballesteros Panizo, *El arbitraje de derecho público*, cit., p. 35. E. C. Pérez-Luño Robledo, *La reforma del arbitraje. Presupuestos, antecedentes y alcance*, cita 1, p. 26. R. Bejarano, *Procesos Declarativos, arbitrales y ejecutivos*, 6 ed., Bogotá, Temis, 2016, p. 389. A. Pérez Solano, *op. cit.*, p. 11. J. F. Riachi Sanabria, *op. cit.*, p. 8.

²¹ P. Aylwin Azocar, *El juicio arbitral*, cit. R. Becerra Toro, *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*, cit.

²² C. L. Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, cit.

²³ Aylwin Azocar, *El juicio arbitral*, cit, p. 50.

²⁴ A. Preciado Arbélaez, *op. cit.*, p. 75. F. Ruiz Risueño, *op. cit.*, p. 110.

²⁵ Aylwin Azocar, *El juicio arbitral*, cit, p. 51. A. Salcedo Flórez, *op. cit.*, p. 148.

²⁶ Aylwin Azocar, *El juicio arbitral*, cit, pp. 50-51.

Cuarto, el acto de entrega de jurisdicción a los árbitros lo hace el Estado, y los particulares se limitan a su convocatoria, previa autorización de la ley²⁷. No podrían los particulares otorgar jurisdicción, por cuanto se trata de una competencia privativa del poder público y nadie puede entregar lo que no tiene²⁸.

Quinto, las decisiones arbitrales son providencias, emitidas en el curso de un juicio, que hacen tránsito a cosa juzgada, vinculantes porque así lo ordena lo señala la ley. Estas dos últimas características, sólo pueden ser otorgadas por el Estado.

Sexto, la ley prevé que, una vez investidos de jurisdicción, los árbitros gozan de la autonomía propia de todos los jueces para el desempeño de su función, por ende, no son meros mandatarios.

En conclusión, aunque se trata de un acuerdo de voluntades, de naturaleza sinalagmática, que exige del cumplimiento de requisitos de validez, su objeto es un acto jurisdiccional, en el que se sustituye la participación de los jueces estatales por unos jueces privados, que representa una limitación al monopolio estatal de justicia pero que, en todo caso, debe estar autorizado por la ley y sobre el cual se ejerce control jurisdiccional²⁹.

1.2.3. La tesis causi-jurisdiccional o para-jurisdiccional

La tesis causi-jurisdiccional o para-jurisdiccional, constituye un punto medio entre la tesis contractual y la jurisdiccional. Sin perjuicio de su aceptación en otros sistemas jurídicos, el análisis de la misma desde la perspectiva española, donde es plenamente aceptada, servirá para precisar sus alcances y fundamentos.

Los elementos teóricos y dogmáticos que sustentan la tesis causi-jurisdiccional o para-jurisdiccional, se pueden resumir de la siguiente manera, sin perjuicio de la existencia de otras razones que acudan en su auxilio:

Primero, el arbitraje no es función judicial, pero es compatible constitucionalmente con dicha función, en tanto existen elementos comunes, de la esencia, entre uno y otra.

Siguiendo las posiciones del Tribunal Constitucional español³⁰ y de la doctrina española³¹, los árbitros no son jueces, en el sentido orgánico o simplemente

²⁷ Aylwin Azocar, *El juicio arbitral*, cit, p. 51.

²⁸ J. F. Merino Merchán, J. M. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, cit., p. 248.

²⁹ C. Larroumet, “A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y su autonomía”, cit., p. 14.

³⁰ Auto del Tribunal Constitucional español. No. 259 del 20 de julio de 1993. Sentencia del Tribunal Constitucional No. 62 de 22 de marzo de 1991.

³¹ M. García Pérez, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 28.

constitucional de la expresión, en tanto no son recogidos por el artículo 117 de la Constitución española³² a lo cual se suma que, en todo caso, los árbitros no ejecutan lo juzgado³³, para lo cual necesitan, en términos del Tribunal Constitucional, del “brazo secular del Juez” para dotar de fuerza al laudo³⁴.

En efecto, de dicho artículo se deriva que la justicia (i) emana del pueblo, (ii) se ejerce en nombre del Rey, (iii) a través de los jueces y magistrados que integran el poder judicial. A diferencia del artículo 116 de la Constitución colombiana que, expresamente señala que los particulares investidos de la condición de árbitros, también ejercen justicia, la Constitución española no los recoge dentro de su clasificación de funcionarios judiciales.

Sin embargo, el hecho de que no sea jueces, en los términos anotados, no descarta, en términos absolutos, un elemento jurisdiccional en su función. Así, (i) juez y árbitro son jurisconsultos, esto es, expertos en la ciencia jurídica, (ii) utilizan el sistema de normas para resolver el conflicto y, (iii) como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de naturaleza prestacional, los árbitros ejercen su función a través de los cauces procesales previstos en el ordenamiento jurídico³⁵.

Segundo, mediante el arbitraje se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, conforme lo señala el artículo 24 de la Constitución española, todas las personas tienen el derecho a una tutela efectiva por parte de los jueces y tribunales.

Dicha referencia a los jueces y tribunales, en el sentido orgánico de la expresión, y en consideración al principio de reserva de jurisdicción previsto en el artículo 117 de la Constitución española, pareciera dar a entender que, con el arbitraje, se presenta una renuncia a este derecho.

Sin embargo, como lo afirma la doctrina³⁶ y lo sostuvo el Tribunal Constitucional³⁷, ya que, en el arbitraje, (i) se garantizan principios del debido proceso como los de audiencia, contradicción e igualdad, (ii) crean un título -laudo- de ejecución forzosa y, (iii) existen vías judiciales de anulación del laudo, es evidente que el arbitraje, lejos de significar una renuncia a la tutela judicial efectiva, es un mecanismo de garantía. En

³² Tampoco por la Ley 6 del 1 de julio de 1985, Orgánica del Poder Judicial.

³³ C. I. Ballesteros Panizo, *El arbitraje de derecho público*, cit., p. 35.

³⁴ Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 del 20 de julio de 1993.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español. No. 176 del 11 de noviembre de 1996. J. M. Rifá Soler, “Encaje constitucional del arbitraje como sistema de solución de conflictos”, en AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, Navarra, Aranzadi, p. 54.

³⁶ C. I. Ballesteros Panizo, *El arbitraje de derecho público*, cit., p.76.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español. No. 174 del 23 de noviembre de 1995.

esencia, el arbitraje es expresión del derecho a la tutela judicial efectiva en un ámbito declarativo del derecho³⁸.

Tercero, en atención al principio de reserva de jurisdicción de la actividad de la administración pública, previsto en el artículo 106-1 de la Constitución española, y conforme al cual, el control de “la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa”, es competencia de los tribunales³⁹, situación que se funda, como lo señaló el Tribunal Constitucional⁴⁰, en la inexistencia de actuaciones de la Administración Pública excluidas o “inmunes al control judicial”, el arbitraje es limitado, a diferencia de la justicia estatal que es ilimitada. Así, desde la perspectiva cuasi-jurisdiccional, el arbitraje tiene limitaciones que no están presentes en la función estrictamente jurisdiccional.

La limitación a las competencias del árbitro se puede ver desde una triple perspectiva: desde la disponibilidad de la materia, desde la habilitación de la materia y desde la inexistencia absoluta de competencia.

Primero, conforme al principio de disponibilidad, las partes únicamente pueden someter al arbitraje aquello sobre lo cual tienen disposición⁴¹ o pueden disponer porque hace parte de su patrimonio, a diferencia de la justicia estatal que no tiene dichas limitaciones y que se puede pronunciar, en principio, sobre cualquier asunto. Así lo reconoce el artículo 2.1 de la Ley española de arbitraje, Ley 60 de 2003, cuando señala que, se puede someter a arbitraje las materias de libre disposición conforme a derecho.

Segundo, desde el principio de libertad, es claro que las partes llegan voluntariamente al arbitraje⁴², aceptan sus reglas, y determinan el ámbito del pronunciamiento de los árbitros, quienes no pueden ir más allá, salvo que se trate de un presupuesto lógico, de aquello que les fue expresamente confiado.

Tercero, dejando de lado las materias no disponibles y la habilitación que las partes quieran hacer a los árbitros, existen facultades procesales de las que carecen los árbitros. Por ejemplo, desde la perspectiva española, los árbitros no están legitimados para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ni la cuestión prejudicial ante el Tribunal

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 9 de 17 de enero de 2005.

³⁹ En el caso colombiano, conforme al artículo 237-1 de la Constitución Política de 1991, corresponde al Consejo de Estado, desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso, a lo que se agrega en el artículo 238 de la misma norma que, es función exclusiva de esta jurisdicción, la suspensión provisional de los actos administrativos.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español. No. 294 del 7 de noviembre de 1994.

⁴¹ Auto del Tribunal Constitucional español. No. 259 del 20 de julio de 1993.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional español. No. 176 del 11 de noviembre de 1996. M. García Pérez, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, cit., p. 31. C. Esplugues Barona, *Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y realidad*, Valencia, Tirant lo blanch, 2018, p. 151. F. Ruiz Risueño, “Competencia del árbitro: Su alcance y sus efectos”, en *MANUAL DE ARBITRAJE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 110. E. C. Perez-Luño, *op. cit.*, p. 49. A. Preciado Arbeláez, *op. cit.*, p. 75.

de Justicia de la Comunidad Europea⁴³. En el caso colombiano, los árbitros no pueden acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, en tanto dicha facultad, está reservada a los jueces de los Estados parte⁴⁴.

Finalmente, los árbitros carecen, tanto en el caso colombiano como español, del *imperium* para ejecutar su propia decisión⁴⁵, requiriendo del auxilio de las autoridades judiciales para dicha labor.

Las anteriores razones, llevan a considerar al arbitraje como de naturaleza causi-jurisdiccional o para-jurisdiccional, al margen de que tanto laudo como sentencia busquen el valor máximo de la justicia y se fundamenten en el derecho vigente.

1.2.4. La tesis ecléctica o mixta

Con algunas variaciones, la tesis ecléctica, mixta o híbrida o, “jurisdicción convencional” como muy particularmente la llaman Merino Merchán y Chillón Medina⁴⁶, recoge postulados tanto de la tesis contractual como de la tesis jurisdiccional. Es, por decirlo de alguna manera, una combinación de características relevantes y no excluyentes cuya aplicación dependerá de las reglas previstas en cada sistema jurídico para el trámite del arbitraje.

Se podría decir que, en resumen, esta tesis recoge de la teoría contractual la idea de que el arbitraje parte de un mandato, no puede operar sino en virtud de la autorización de las partes involucradas en el conflicto, quienes además designan a los árbitros y, cuando la ley se los autoriza, fijan ciertas reglas del procedimiento.

De la tesis jurisdiccional retoma la idea según la cual, una vez instalado el tribunal, los árbitros dejan de ser meros mandatarios en tanto desempeñan una función pública, gozan de total autonomía para fijar el contenido de la decisión, para calificar las pruebas,

⁴³ Artículo 35-2 de la Ley 2 del 3 de octubre de 1979, Orgánica del Tribunal Constitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 119 del 5 de junio de 1981. Auto del Tribunal Constitucional. No. 69 del 17 de febrero de 1983. Auto del Tribunal Constitucional español. No. 259 del 20 de julio de 1993. García Pérez, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, cit., p. 30. Auto del Tribunal Constitucional. No. 326 del 28 de octubre de 1993. Sentencia del Tribunal Constitucional español. No. 174 del 23 de noviembre de 1995. En la doctrina española, véase M. Fernández De Frutos, M, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2003, p. 42. E. Corzo Sosa, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 538.

⁴⁴ Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, art. 33. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, arts. 122 y s.s.

⁴⁵ Auto del Tribunal Constitucional español. No. 259 del 20 de julio de 1993. Auto del Tribunal Constitucional español. No. 326 del 28 de octubre de 1993. Artículos 7 y 8-4 de la Ley Española de Arbitraje. García Pérez, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, cit., p. 31. C. I. Ballesteros Panizo, *El arbitraje de derecho público*, cit., p. 35.

⁴⁶ J. F. Merino Merchán, J. M. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, cit., p. 255.

para aplicar las reglas de procedimiento previamente acordadas⁴⁷ y les son aplicables las causales de impedimento que se predicán de los jueces, así como su régimen disciplinario.

Según Merino Merchán y Chillón Medina⁴⁸, la naturaleza del arbitraje se enmarca dentro de una visión sincrética, en la que convergen las teorías jurisdiccional y contractual o procesal y privatista como ellos las llaman. Retomando posturas de diversas corrientes, señalan que en el arbitraje se distinguen tres momentos: el primero, cuando se suscribe el pacto arbitral, el segundo, cuando se suscribe el acuerdo con los árbitros y el tercero cuando los árbitros ejercen su labor. Los dos primeros son estrictamente contractuales mientras que el tercero es jurisdiccional⁴⁹.

1.2.5. La teoría autónoma

Finalmente, la tesis autónoma, parte de una visión pragmática del arbitraje. Según señala Bernal Gutiérrez⁵⁰, contrario a la creencia de que el arbitraje es un mecanismo para descongestionar los despachos judiciales, se trata de una institución con principios, características y necesidades propias.

En el mismo sentido, Mayorca Escobar⁵¹, aunque reconoce que se trata de un mecanismo alternativo de solución de conflictos, manifestación de la función pública de administrar justicia, reitera que el arbitraje tiene una naturaleza y objetivos propios y que, desde esa perspectiva es que se deben interpretar las normas que lo regulan.

Según Barona Vilar, “El arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica”⁵². Tan contundente afirmación, proveniente de una de las más férreas defensoras de la tesis autonomista, surge de considerar que el arbitraje tiene elementos propios de naturaleza

⁴⁷ Aylwin Azocar, *El juicio arbitral*, cit. R. Becerra Toro, *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*, cit. A. Pérez Solano, *op. cit.*, p. 12. J. F. Riachi Sanabria, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁸ J. F. Merino Merchán, J. M. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, cit., p. 255. En el mismo sentido, C. I. Ballesteros Panizo, *El arbitraje de derecho público*, cit., p. 36.

⁴⁹ J. F. Merino Merchán, J. M. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, cit., p. 256. Para Ballesteros Panizo, en una opinión que merece algunas reservas, esta es la posición adoptada por el Tribunal Constitucional español, en el Auto 259 de 1993, cuando reconoció, a partir de la confluencia de elementos contractuales, jurisdiccionales y procesales, el carácter *cuasi-jurisdiccional* del arbitraje. C. I. Ballesteros Panizo, *El arbitraje de derecho público*, cit., p. 36.

⁵⁰ R. Bernal Gutiérrez, “Las clases de arbitraje según la voluntad de las partes. El artículo 116 del Decreto 1818 de 1998”, en *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005, p. 205. En el mismo sentido, F. Mantilla-Serrano, “La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?”, en *Arbitraje internacional*, Bogotá, Legis, 2007, p. 207.

⁵¹ C. Mayorca Escobar, “Clases de arbitraje en la nueva Ley de Arbitraje”, en *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Legis, 2013, p. 3. En el mismo sentido, A. Salcedo Flórez, *op. cit.*, p. 149.

⁵² S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, 2 ed., Navarra, Civitas, 2011, p. 72.

contractual -existe un contrato-, jurisdiccional -existe un proceso- y procesal -la decisión tiene efectos de cosa juzgada- de suerte que, inclinar el arbitraje hacia una categoría inexistente es tanto como desconocer dicho escenario. En otras palabras, es, en esa coordinada confluencia de elementos, que surge la tesis autonomista del arbitraje.

Para fundamentar esta tesis, dice Becerra Toro⁵³, se dice que, lo importante es la finalidad compleja del arbitraje: (i) que el conflicto sea resuelto, (ii) que el árbitro sea confiable, (iii) que la decisión sea definitiva y, (iv) que su ejecución pueda ser exigida ante la jurisdicción. En consecuencia, aspectos relativos a si su fundamento está en el derecho privado o en la potestad jurisdiccional del Estado o las vicisitudes de las regulaciones locales pierden importancia. En resumen, lo importante no es el fundamento sino la idoneidad para resolver los asuntos que son puestos a consideración de los árbitros.

Para autores como Emmanuel Gaillard⁵⁴, el arbitraje se acerca cada vez más, si es que ya no cruzó ese umbral, a contar con un ordenamiento jurídico arbitral, paralelo a los ordenamientos jurídicos nacionales. Aunque no necesariamente Gaillard propone o defiende la tesis autonomista, lo cierto es que sus afirmaciones acerca de que la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral, fundado en la organización sistemática de sus normas, por su idoneidad para dar respuesta a los retos que el arbitraje mismo plantea, por la existencia de fuentes propias y por sus relaciones con otros sistemas jurídicos, constituyen una defensa de la tesis autonomista del arbitraje.

Esa tesis de la existencia de un orden jurídico arbitral ha sido sostenida por Gaillard durante muchos años. En alguna de tantas y tan profundas disertaciones⁵⁵, propuso como elementos característicos de todo orden jurídico, los cuales, afirma, están presentes en el arbitraje, los siguientes: (i) un conjunto sistemático de normas jurídicas, por ende vinculantes, que responden al conjunto de conflictos que pueden surgir y que, sería el universo de soluciones al universo de casos; (ii) la capacidad de crear sus propias fuentes; (iii) órganos y sujetos que puedan asegurar el cumplimiento del universo de soluciones; (iv) finalmente, la existencia de un mínimo de efectividad.

Dejando de lado las vanidades teóricas, es indiscutible que, el arbitraje cobró autonomía y que constituye una figura propia, distinta del contrato y de la jurisdicción. Como lo afirma Barona Vilar, aunque hay elementos del arbitraje que se tienen que

⁵³ R. Becerra Toro, *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*, cit. p. 25. En el mismo sentido, A. Pérez Solano, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁴ E. Gaillard, *Aspectos filosóficos del derecho del arbitraje internacional*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 94.

⁵⁵ E. Gaillard, *El orden jurídico arbitral*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, pp. 85-89.

interpretar desde la teoría de los contratos o desde la teoría judicial, existen otros, *sui generis*, que se analizan desde una teoría o sistema propio arbitral⁵⁶.

De la misma opinión es Mantilla-Serrano⁵⁷ quien, luego de tildar al arbitraje como una institución y herramienta jurídica, manifiesta que goza hoy día de una autonomía y especificidad que se refleja en su propia dinámica.

El hecho de contar con una regulación a través de normas especiales, autónomas, exclusivas y excluyentes; el que las normas de su cuerpo regulatorio se interpreten bajo criterios de especificidad y favorabilidad; la fuerza adquirida dentro de tales regulaciones por el principio de disponibilidad o de mínimo común denominador, para hacer referencia que la autonomía de la voluntad es el elemento central del arbitraje, son todos elementos que coadyuvan la tesis que, el arbitraje es una institución jurídica autónoma, que no se trata de una extensión de la función judicial, ni de un mero contrato⁵⁸.

Del mismo pensamiento es Rodríguez⁵⁹ quien, descartando la existencia de una tautología señala que, el arbitraje es el arbitraje. Señala esta jurista que, si bien se parte de un contrato, producto de la autonomía de la voluntad, y que es necesario un elemento jurisdiccional, se trata de una figura con una naturaleza propia.

En conclusión, se erige como un entramado jurídico con un alto grado de autonomía que permite hablar hoy día de un derecho del arbitraje⁶⁰.

1.3. La aceptación de las tesis acerca de la naturaleza del arbitraje en el caso colombiano

Una mirada a la aceptación de las tesis acerca de la naturaleza del arbitraje en el caso colombiano, dará un panorama sobre el marco de posibilidades en el cual se mueven los árbitros, es decir, sobre los alcances mismos del arbitraje.

⁵⁶ S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, cit. p. 73.

⁵⁷ F. Mantilla-Serrano, “La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?”, en *Arbitraje internacional*, Bogotá, Legis, 2007, p. 207.

⁵⁸ F. Mantilla-Serrano, “La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?”, cit., pp. 208-215. En el mismo sentido, F. Mantilla-Serrano, “Los principios de autonomía y competencia en el nuevo estatuto arbitral colombiano”, en *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Legis, 2013. J. F. Riachi Sanabria, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁹ M. Mejía Rodríguez, *Medidas cautelares en el proceso arbitral*, cit., p. 42.

⁶⁰ E. Gaillard, *El orden jurídico arbitral*, cit.

1.3.1. Elementos de partida

Para llegar a una conclusión sobre la naturaleza del arbitraje en Colombia, que sirva de faro en la interpretación de las normas que lo regulan, es preciso partir de tres elementos: la ubicación constitucional del arbitraje, las características del arbitraje y la posición de la jurisprudencia al respecto⁶¹ y la doctrina al respecto.

1.3.1.1. Ubicación constitucional del arbitraje

En el sistema jurídico colombiano, es en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, ubicado dentro del Capítulo I De la estructura del Estado, Título V De la organización del Estado, que se hace referencia a esta figura. En esta norma se dice que, administran justicia, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Al final, señala que, los particulares, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. Es decir, en el caso colombiano, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional.

1.3.1.2. Características del arbitraje en el derecho colombiano

En el caso colombiano, el arbitraje goza de ciertas características que le identifican y diferencian de otros institutos jurídicos. Dicha caracterización, es obra de la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina.

1.3.1.2.1. Voluntario

La voluntariedad es la primera característica del arbitraje⁶², su antecedente más antiguo⁶³, sobre el cual se edifica la justicia arbitral, en tanto son las partes las llamadas a activar este mecanismo de solución de conflictos, no siendo admisible, supuestamente,

⁶¹ M. Mejía Rodríguez, *Medidas cautelares en el proceso arbitral*, cit., p. 39.

⁶² E. C. Pérez-Luño Robledo, *La reforma del arbitraje. Presupuestos, antecedentes y alcance*, cit., p. 49. C. Esplugues Barona, *Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y realidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 151. J. Quel López, *La interpretación, revisión y nulidad de las sentencias arbitrales internacionales*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000, p. 31.

⁶³ A. Preciado Arbeláez, "De la voluntariedad y los pactos arbitrales abusivos en el derecho colombiano", en *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Legis, 2013, p. 75.

la imposición de su trámite. Es tal su importancia que de ella derivan las demás características del arbitraje⁶⁴.

De su carácter voluntario, se desprenden las siguientes consecuencias: (i) las partes pueden acordar el arbitraje para un conflicto actual o futuro (ii) para un tema específico o para una generalidad de cuestiones, (iii) designar lo árbitros, (iv) fijar el procedimiento dentro del marco de la ley, (v) escoger el tipo de arbitraje, a la par que asumen responsabilidades, por ejemplo, prestar la diligencia para el funcionamiento del tribunal arbitral y cumplir con la decisión arbitral.

En el caso colombiano, el arbitraje tiene carácter voluntario. Según la Corte Constitucional de Colombia, es a partir de la habilitación libre y espontánea de quienes son parte en el conflicto, que se puede conformar el tribunal arbitral⁶⁵, estando excluida la hipótesis de la imposición legal del arbitraje en trámite alguno.

Esto no significa que el Estado, a partir de la libertad configurativa del Legislador, no pueda regular aspectos del arbitraje, por cuanto la administración de justicia funciona conforme a la ley⁶⁶. Así, por ejemplo, la manifestación del consentimiento debe estar exenta de vicios y recaer sobre materias de las cuales puedan las partes disponer.

Pero no puede el Estado, obligar a las partes a llevar su conflicto a la justicia arbitral ni desconocer que son las partes las que pueden establecer los efectos de someter la disputa a la justicia arbitral⁶⁷. También significa que el Estado no puede privar a las personas de someter a sus conflictos a arbitraje, salvo que se trate de asuntos no transigibles⁶⁸. Lo que sí puede el Estado regular en el arbitraje es lo relativo a los asuntos que se pueden someter al arbitraje, los límites y términos de los árbitros para ejercer su actividad, sus funciones y facultades⁶⁹.

⁶⁴ F. Ruiz Risueño, *op. cit.*, p. 110. En el mismo sentido, A. Pérez Solano, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁵ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SC-242, 1997; SC-294, 1995; SC-211, 2000; SC-330, 2000; SC-1140, 2000; SC-060, 2001; SC-098, 2001; SC-1038, 2001; SC-878, 2005; SU-174, 2007; ST-058, 2009; SC-538, 2016.

⁶⁶ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia, SC-163, 1999.

⁶⁷ Este carácter voluntario tiene una excepción en el derecho colombiano en el caso de las huelgas de larga duración. Así, el artículo 452 del Decreto 2663 de 1950, “Código Sustantivo del Trabajo”, señala los casos de arbitraje obligatorio. Por su parte, el numeral 13 del artículo 22 del Decreto 4108 de 2011, “*Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo*”, señala que, le corresponde al Viceministerio de Relaciones Laborales e Inspección, convocar los tribunales de arbitramento previstos en la ley.

⁶⁸ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia, SC-330, 2000.

⁶⁹ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia, SU-174, 2007.

I.3.1.2.2. Temporal

En segundo lugar, el arbitraje tiene carácter temporal o transitorio. Los árbitros no son una justicia paralela ni tienen vocación de permanencia, ejercen jurisdicción en el caso donde fueron habilitados por las partes, su función inicia con la instalación del tribunal arbitral y termina con el laudo y, no ejercen jurisdicción más allá de lo consignado en el pacto arbitral⁷⁰.

I.3.1.2.3. Excepcional

El arbitraje tiene carácter excepcional. Pese a surgir de la voluntad de las partes, no opera sino respecto de asuntos de naturaleza transigible: Sólo es arbitrable, aquello respecto de lo cual las partes tienen el poder de disposición, de allí su naturaleza excepcional⁷¹.

I.3.1.2.4. Procesal

Es de naturaleza procesal. El trámite arbitral es, en sentido material, un proceso que, así sea parcialmente, está regulado en la ley. Su trámite sigue una serie de etapas previstas en la ley, expresión de la garantía de las formas propias de cada juicio. En tal sentido, si las partes no fijan regla especial, la ley procesal llena el vacío⁷².

1.3.2. La tesis de la jurisprudencia constitucional

Para la Corte Constitucional colombiana, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional⁷³. Según lo señaló en la sentencia SU-174 de 2007, a partir del artículo 116 de la Constitución Política de 1991, no queda “duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confieren a los árbitros”, en razón a que estos están investidos de manera excepcional y transitoria “de la función de administrar justicia”.

Dicho carácter jurisdiccional se deriva, a su vez, de que la disputa que se lleva ante los árbitros ha sido sustraída del sistema estatal de administración de justicia, lo que se

⁷⁰ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, ST-057, 1995; SC-294, 1995; SC-431, 1995; SC-330, 2000; SC-060, 2001; SC-1038, 2002; SC-378, 2008; ST-058, 2009. F. Ruiz Risueño, *op. cit.*, p. 110. A. Pérez Solano, *op. cit.*, p. 13.

⁷¹ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, ST-057, 1995; SC-242, 1997; SC-330, 2000; SC-060, 2001; SC-1038, 2002; ST-058, 2009; SC-974, 2014; SC-538, 2016; SC-538, 2016. A. Pérez Solano, *op. cit.*, p. 14.

⁷² En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SC-226, 1993; SC-431, 1995; SC-037, 1996; SC-330, 2000; SC-060, 2001; SC-378, 2008; ST-058, 2009; SC-974, 2014; SC-538, 2016.

⁷³ Corte Constitucional de Colombia, SC-431, 1995; SC-974, 2014; SC-538, 2016.

traduce en una derogación de dicho sistema, pero para el caso concreto, en tanto el arbitraje no se erige como jurisdicción autónoma y permanente⁷⁴.

Las características del arbitraje en Colombia, como acto jurisdiccional, desde la perspectiva de la Corte Constitucional, se pueden resumir de la siguiente manera: (i) los particulares pueden administrar justicia en condición de árbitros o conciliadores; (ii) el arbitramento implica ejercicio de función jurisdiccional, cuyas decisiones pueden ser en derecho o en equidad; (iii) debe existir una habilitación por las partes involucradas en la contienda; (iv) el ejercicio de función judicial por los árbitros es transitorio y excepcional; (v) corresponde al Legislador definir los términos mínimos en que se puede realizar el arbitraje⁷⁵.

1.3.3. La posición de la doctrina colombiana

Según un sector de la doctrina colombiana⁷⁶, conforme al artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, el cual señala que, el laudo es la sentencia que emiten los árbitros, el arbitraje, en el caso colombiano, sería de naturaleza jurisdiccional.

Esto lo reafirma Mantilla-Serrano⁷⁷, para quien, y muy a su pesar, el hecho de que la figura del arbitraje se haya ubicado en el artículo 116 de la Constitución dentro de la regulación general de la función judicial, es prueba irrefutable de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en el caso colombiano.

De lo anterior se concluye que, en el caso colombiano, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, así el pacto arbitral, como acto separable, tenga naturaleza contractual.

II. EL CONTROL DE EXCEPCIÓN DENTRO DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Desde la perspectiva de los alcances sustantivos del arbitraje en el derecho administrativo colombiano, resulta de enorme importancia analizar la posibilidad de que los árbitros hagan uso de la excepción de ilegalidad, como expresión de un control de excepción.

⁷⁴ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SC-431, 1995 y SC-1436, 2000; SU-500, 2015; SU-033, 2018.

⁷⁵ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SC-242, 1997; SU-174, 2007; SC-378, 2008; ST-058, 2009.

⁷⁶ H. F. López Blanco, “Glosas a ciertas normas del arbitraje nacional, Ley 1563 de julio 12 de 2012”, en *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2012, p. 247.

⁷⁷ F. Mantilla-Serrano, “La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?”, cit., p. 210.

Dicho análisis exige, por un lado, acudir a la filosofía del derecho, a efectos de comprender, en el sentido gadameriano del verbo⁷⁸, los fundamentos del control de excepción y, por otro lado, desde una perspectiva de dogmática jurídica, precisar los fundamentos del control de excepción en el arbitraje en derecho administrativo.

II.1. El concepto de validez como fundamento epistemológico del control de excepción

El concepto de validez, por el que se va a entender pertenencia de las normas a un sistema jurídico, es el fundamento epistemológico del control de excepción. En este sentido, el juicio de validez es aquel donde, luego de constatar la incorporación formal de una norma a un sistema jurídico, en tanto fue sancionada y promulgada, se declara que esta se adecúa a la norma superior de la cual deriva su fuerza⁷⁹.

Esto, que originalmente se denominó sistema escalonado de normas, parte de la tesis que existe una proposición jurídica común que establece las relaciones entre el acto que determina, que se llamará norma superior y el acto que es determinado que se denomina norma inferior derivada⁸⁰.

La relación de validez se transmite en cada escalón normativo, partiendo de la que Kelsen denominó la norma fundamental de validez⁸¹, hasta llegar a la norma de más bajo rango en la jerarquía normativa⁸². A su vez, el concepto general de validez, admite la distinción entre validez formal y material, a través de la cual se introduce la distinción kelseniana entre sistemas jurídicos estáticos y sistemas jurídicos dinámicos⁸³.

Conforme la teoría pura del derecho de Kelsen, un sistema jurídico estático o de validez material se basa en el criterio de la deducibilidad, lo que quiere decir que la pertenencia de la norma al sistema parte de la existencia de una conexión material o lógica - deductiva del contenido de ésta con la norma superior de la cual deriva su fuerza⁸⁴. En este sentido, un sistema jurídico estático se describe en los siguientes

⁷⁸ H-G. Gadamer, *Verdad y método*, Tomo II. 3ª ed., Traducción de Manuel Olasagasti, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1998.

⁷⁹ J. L. Serrano, *Validez y vigencia*, Madrid, Trotta, 1999, p. 51.

⁸⁰ A. Merkl, "Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento II", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, traducción de Azpitarte Sánchez, M y Fuentes Osorio, J. L., pp. 301-324, enero-junio, 2005, p. 302.

⁸¹ En Hart, se conocerá como regla de reconocimiento. Cf. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Traducción Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.

⁸² H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Bogotá, Libros Hidalgo, 2013, p. 111.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ P. Cuenca Gómez, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 30-31.

términos: una norma N pertenece a un sistema jurídico S cuando N pertenece a las consecuencias lógicas de S⁸⁵.

Desde la misma perspectiva, un sistema jurídico dinámico o de validez formal, es aquel en la cual la validez de la norma se determina a partir del respeto por las reglas de creación previstas en normas superiores, es decir, no se prevé el contenido de las normas sino los mecanismos de producción. Siguiendo el orden establecido, un sistema dinámico se describe en los siguientes términos: una norma N pertenece a un sistema S, si N fue creada conforme los requisitos de N₁, que es una norma superior en S. En consecuencia, para que N se ajuste a N₁, se exige el cumplimiento de dos requisitos: (i) que N₁ autorice a un sujeto x a crear N y (ii) que sea x quien crea N⁸⁶. A esto, agregaríamos nosotros, que N se haya creado por x siguiendo el procedimiento P descrito en N₁.

La validez puede, desde la perspectiva del sistema jurídico estático o del criterio de la deducibilidad, en el que se cuestiona la validez material, ser absoluta o circunstancial. Será absoluta cuando N no admite cabida a la luz de S, en ninguna circunstancia. Por el contrario, en la validez circunstancial, existen variables, casi siempre de orden fáctico que modulan el resultado de la adecuación.

La ausencia de validez, total o circunstancial, da lugar al control de excepción, para el caso que se analiza, el control de legalidad de los actos administrativos.

Una vez sentada la fundamentación teórica, corresponde hacer un análisis dogmático de esta eventualidad, con el propósito de precisar los alcances en el arbitraje en derecho administrativo colombiano.

II.2. El concepto de ley

El concepto de Ley reviste de la mayor importancia para el derecho administrativo. Desde los tiempos de la Grecia antigua, la ley se concibió como “la salvación de la ciudad”⁸⁷ frente a la ruina que significaba dejarla a merced de los gobernantes. Tanta fue su importancia que a partir de la *petition of rights* se convirtió en uno de los pilares del Estado moderno, de donde surge como un Estado de derecho, aquel en el que todos están sometidos al imperio de la Ley y

⁸⁵ J. Ferrer Beltrán. J. L. Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 60.

⁸⁶ J. Ferrer Beltrán. J. L. Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, cit., p. 69.

⁸⁷ Platón, *Las leyes*. 715d.

que la convierte en una de las más caras expresiones del principio de separación de funciones.

Con el final de la edad media y el comienzo de la modernidad, algunos de los más importantes documentos de naturaleza constitucional, fruto de las revoluciones burguesas que proliferaron en aquella época, fundaron sus postulados en la idea de la ley como noma jurídica suprema de la organización estatal. En tal sentido, la Petición de derechos del 7 de junio de 1628, en su parte final solicita de su majestad el Rey que, “vuestros agentes y ministros os sirvan con sujeción a las leyes (...)”. Por su parte, el Artículo 6º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), manifiesta que “La ley es la expresión de la voluntad general”. Finalmente, en el Artículo 30 de la Constitución estatal de Massachusetts (1780) se decía que “*to the end it may be a government of laws, and not of men*”.

En punto del concepto de ley se presentan dos grandes teorías: la teoría del monismo francés y la teoría del dualismo alemán. Por guardar relevancia frente al control de excepción en el arbitraje en derecho administrativo, se hará una breve referencia a ambas teorías.

La teoría monista de la ley surge en la Francia postrevolucionaria, sustentada en la premisa de la superioridad política del Parlamento. En este sentido, si la ley la expresión de voluntad del Soberano expresada en los términos del Legislador, no importaba su contenido, la ley era el acto supremo en el sistema de fuentes. De este modo, la superioridad política del Parlamento se aparejaba con la superioridad normativa de la ley⁸⁸. En este sentido, expresaba el numeral 1º del artículo 100 de la Constitución francesa de 1791, que en el cuerpo legislativo estaba delegada en forma única y exclusiva la facultad de “Proponer y decretar las Leyes”.

Respecto a la jerarquía de las normas, a pesar de que en la Constitución se regulaban las instituciones básicas de Estado y se consagraban derechos ciudadanos, esto no necesariamente conducía a una superioridad respecto de la ley, muy por el contrario, mediante la ley se podía abordar cualquier tema, no existiendo límites derivados de instituciones superiores⁸⁹.

En conclusión, para la teoría monista francesa el concepto ley respondía a dos criterios: el origen y la forma. En este sentido, es ley la norma que emana del parlamento y recibe dicha denominación sin importar su contenido⁹⁰.

⁸⁸ C. De Cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 29.

⁸⁹ H. A. Sierra Porto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 95.

⁹⁰ C. De Cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*, cit., p. 97.

Por su parte, la teoría dualista surge en Alemania. En esta nueva concepción, se introduce el concepto de ley en sentido material, y alcanza el contenido de la ley una importancia superlativa de modo que, solo alcanzan esta condición, las normas que regulan ciertas materias⁹¹.

La tesis de la ley en sentido material, que no excluye una noción de ley en sentido formal, surge con el periodo de la Restauración, donde se afirma que el principio monárquico viene a coexistir con el principio democrático⁹². Más concretamente, se dirá que fue el conflicto en Prusia entre el Rey y el Parlamento tras la negativa de este último de aprobar el proyecto de presupuesto presentado por aquel, en razón al fuerte incremento del gasto militar, el que dio lugar a la concepción dualista de la ley⁹³. Esta situación supuso que el ejecutivo aprobara normas con el rango y la naturaleza de la ley, pero por fuera de la órbita del Parlamento, es decir, una dualidad en la fuente de la ley.

Como elemento central de la teoría dualista, se afirmó que eran leyes en sentido material, aquellas que provenían de Parlamento y su contenido se refería a libertades y a la propiedad de los súbditos. Por el contrario, todas las demás normas, con o sin intervención del Parlamento, eran leyes en sentido formal, de modo que, si eran expedidas por el Parlamento o, incluso, por el ejecutivo, serían leyes en esta última categoría⁹⁴.

En el tema preciso del control de excepción por violación de la ley, se hace referencia de manera exclusiva el concepto formal de ley⁹⁵, es decir, la norma que proviene del Parlamento o Congreso, de suerte que, la misma se limita a la posibilidad de la excepción de ilegalidad del acto administrativo y no a la eventual contradicción entre dos actos administrativos de diferente jerarquía.

II.3. El concepto de excepción de ilegalidad del acto administrativo como expresión del control de excepción

La excepción de ilegalidad del acto administrativo es una herramienta que, al igual que la excepción de inconstitucionalidad, parte del concepto de validez material de las normas, propio de los sistemas estáticos. Así, mientras que, la regla es que los actos

⁹¹ C. De Cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*, cit., p. 35.

⁹² C. De Cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*, cit., p. 36.

⁹³ H. A. Sierra Porto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, cit., p. 98.

⁹⁴ C. De Cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*, cit., p. 40. H. A. Sierra Porto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, cit., p. 101.

⁹⁵ En el caso colombiano, dijo la Corte Constitucional, se acogió la teoría dualista de la ley. Así, serán leyes en sentido formal, la que proviene del Congreso, conforme al artículo 4 de la Constitución Política, y ley en sentido material, toda norma jurídica, derivada de los artículos 4, 87 y 230 de la Constitución. Cf. Corte Constitucional de Colombia, SC-893,1999.

administrativos se ajusten a la ley, lo que se conoce como principio de presunción de legalidad del acto administrativo y es uno de sus atributos⁹⁶, existen situaciones en las que, para el caso concreto o incluso de manera general la norma es contraria a la ley de la cual deriva.

Para llegar a un concepto de excepción de ilegalidad es necesario hacer una alusión a sus elementos definitorios de suerte que sea a partir de estos que se formula una definición. Esa definición deberá dar cuenta de sus elementos y de su alcance, tanto desde el punto de vista de los efectos que genera en el proceso donde se aplica como en el sistema jurídico mismo y, por supuesto, dar cuenta de las hipótesis de aplicación.

Un primer elemento, es la existencia de una contradicción normativa entre un acto determinante, que en este caso será la ley, y un acto determinado que viene a ser un acto administrativo⁹⁷.

Segundo, una contradicción superlativa, tan evidente que no quepa discusión alguna sobre la existencia de la contradicción. Es decir, el control de excepción se circunscribe a una ausencia de validez material⁹⁸.

Tercero, la existencia de un proceso de naturaleza judicial en el que se debe aplicar el acto determinado que resulta contrario a la ley. Se insiste, el proceso no debe ser judicial, sino de naturaleza judicial.

Cuarto, por razones de seguridad jurídica⁹⁹, la obligación de argumentar la decisión. Por supuesto, la argumentación es un elemento de legitimación formal de las decisiones judiciales, que sirve como método de exclusión de la arbitrariedad.

Quinto, que la contradicción surja de las circunstancias particulares del caso. Esto no quiere decir que si la norma N es contraria, *Per se*, a S, no se pueda hacer uso de la

⁹⁶ J. O. Santofimio Gamboa., *Compendio de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

⁹⁷ Así lo señaló el Consejo de Estado de Colombia, que además afirmó que la excepción de ilegalidad procede, tanto con actos administrativos de contenido general, como con actos administrativos de contenido particular. Véase Consejo de Estado. Sección Cuarta. 31 de mayo de 2018. Radicación número.: 08001-23-31-000-2006-00871-01 (21911). En el mismo sentido, Consejo de Estado. Sección Cuarta. 15 de abril de 2015. Radicación: 76001-23-31-000-2009-00555-01 (19483)

⁹⁸ En este sentido, señaló el Consejo de Estado que, lo que se pretende con la excepción de ilegalidad, es el mantenimiento del ordenamiento jurídico, y procede cuando un juez advierta que un acto administrativo es contrario a la ley. Cf. Consejo de Estado. Sección Quinta. 28 de febrero de 2019. Radicación número: 73001-23-33-000-000-2018-00383-01.

⁹⁹ Entendida la seguridad jurídica, no como la aplicación de un Derecho justo, sino como la aplicación permanente de un derecho cierto. Es decir, la seguridad jurídica como sinónimo de previsibilidad de las decisiones judiciales. Véase H. Ávila, H., *Teoría de la seguridad jurídica* (Traducción Laura Criado Sánchez), Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 94. G. Radbruch, *Relativismo y derecho* (Traducción Luis Villar Borda). Bogotá: Temis, 1999, p. 73. A. Kaufmann, *Filosofía del derecho* (Traducción Luis Villar Borda y Ana María Montoya), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 349, 351.

excepción de ilegalidad¹⁰⁰. Muy por el contrario, lo que se afirma es que basta con una contradicción relativa.

Sexto, el carácter puramente declarativo de la decisión, en tanto la excepción no sirve para expulsar la norma del sistema jurídico¹⁰¹.

Séptimo y último, el efecto *inter partes* de la decisión¹⁰², toda vez que, en cada caso, se tendrá que hacer el examen de validez¹⁰³.

En virtud de lo anterior, se puede definir a la excepción de ilegalidad como la posibilidad de inaplicar un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior, representado en la ley en sentido formal¹⁰⁴.

Queda por determinar la posibilidad de que, en el arbitraje en derecho administrativo colombiano, los árbitros hagan uso de esta figura.

II.4. La excepción de ilegalidad en el arbitraje en derecho administrativo colombiano

En el sistema jurídico colombiano, la excepción de ilegalidad aparece con los artículos 12 de la Ley 153 de 1887¹⁰⁵ y 240 de la Ley 4 de 1913¹⁰⁶, disposiciones en las que se previó un sistema de jerarquía normativa donde los actos administrativos quedaban subordinados a la ley y, a diferencia de la excepción de inconstitucionalidad, no tiene fundamento directo en la Constitución Política.

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sección Cuarta. 1 de marzo de 2018. Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00841-01(21087).

¹⁰¹ L. Rodríguez, *Derecho Administrativo. General y colombiano*, 18 Ed., Bogotá, Temis, 2013, p. 346.

¹⁰² Incluso, el Consejo de Estado de Colombia, en un caso donde declaró que un reglamento era abiertamente ilegal pero no lo declaró nulo porque no había sido demandado, en lugar de declarar una excepción de ilegalidad de carácter general, decidió reiterar la decisión en cada caso donde este fuera aplicable. Cf. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. 6 de agosto de 2014. Radicación: 25000-23-27-000-2008-00132-01 (19682).

¹⁰³ En este sentido, inciso 2 del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁰⁴ El Consejo de Estado, definió la excepción de ilegalidad en los siguientes términos: “...posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de inaplicar, de oficio o a solicitud de parte, dentro del trámite de una acción o medio de control sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior”. Cf. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18. En el mismo sentido, Consejo de Estado. Sección Cuarta. 31 de mayo de 2018. Radicación número: 08001-23-33-004-2014-00278-01(22323).

¹⁰⁵ Señalaba la norma lo siguiente: “Artículo 12. Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable”

¹⁰⁶ Señalaba el inciso 1 de la norma lo siguiente: “Artículo 240. El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior”.

Hoy día, el fundamento normativo de la excepción de ilegalidad de los actos administrativos, se encuentra en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011¹⁰⁷, donde se dice que, en los procesos contencioso-administrativos, los jueces pueden hacer uso de esta figura, tanto de oficio como a petición de parte¹⁰⁸.

Según la Corte Constitucional de Colombia¹⁰⁹ y el Consejo de Estado¹¹⁰, la excepción de ilegalidad del acto administrativo, puede tener origen en las potestades oficiosas del juez o en una petición de parte, pero, en todo caso, solo puede ser aplicada en procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estando excluida la posibilidad de que se haga uso de ella por otros jueces, por particulares y por autoridades administrativas¹¹¹. Inclusive, si el proceso se adelanta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero es de naturaleza constitucional, como el proceso de acción de tutela¹¹², de acción popular¹¹³, de grupo o de cumplimiento, que son procesos que se adelantan ante esta jurisdicción pero que no tienen la naturaleza de proceso contencioso-administrativo, tampoco se puede hacer uso de ella.

Los requisitos para la aplicación de la excepción de ilegalidad de los actos administrativos en el sistema jurídico colombiano, son los mismos que se presuponen de

¹⁰⁷ Señala la norma lo siguiente: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”.

¹⁰⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. 12 de julio de 2018 Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00001-00. Consejo de Estado. Sección Primera. 28 de septiembre de 2017. Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00506-01.

¹⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia. SC-037, 2000.

¹¹⁰ Consejo de Estado. Sección Primera. 2 de mayo de 2013. Radicación número: 68001-23-31-000-2002-00279-01. Lo mismo señaló en otra oportunidad cuando afirmó que: “[L]a llamada excepción de ilegalidad se circunscribe a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior”. Cf. Consejo de Estado. Sección Primera. 12 de julio de 2018 Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00001-00.

¹¹¹ En este sentido, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. 25 de mayo de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650). Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. 19 de diciembre de 2017. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-01096-01(49194).

¹¹² En el caso colombiano, la acción de tutela fue regulada mediante Decreto Ley 2591 de 1991. En el artículo 8, se prevé la posibilidad de que, el juez de tutela, inaplique actos administrativos particulares. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional hizo extensiva esta posibilidad a los actos de carácter general y a los de mero trámite. Sin embargo, la figura se llama inaplicación y no excepción. Cf. Corte Constitucional de Colombia. ST-225, 1992; SU-201, 1994; ST-030, 2015.

¹¹³ En el caso de la acción popular, el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, prevé la posibilidad de que el juez, para proteger un derecho colectivo, si la vulneración proviene de un acto administrativo, adopte las medidas para la garantía del derecho. En la práctica, se ordena su inaplicación y no su excepción. Cf. Consejo de Estado. Sección Primera. 21 de febrero de 2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00230-01(AP).

manera general: (i) una contradicción normativa. (ii) un nivel superlativo de la contradicción. (iii) un proceso contencioso-administrativo (iv) una argumentación de la decisión. (v) que la contradicción surja de las circunstancias particulares del caso. (vi) un carácter puramente declarativo de la decisión. (vii) un efecto *inter partes* a la decisión.

Cuando en un arbitraje se presente una contradicción entre un acto administrativo, fundamento del laudo arbitral y una norma superior, ley en sentido formal, conforme lo señaló la Corte Constitucional de Colombia¹¹⁴, el árbitro está excluido de la potestad de hacer uso de la excepción de ilegalidad. Siendo el proceso arbitral un proceso especial, no se puede asimilar ni el árbitro ni el proceso con los que se adelantan ante la jurisdicción contencioso administrativo.

Si, precisamente, el proceso arbitral reivindica su autonomía, equipararlo al proceso contencioso administrativo, para los solos efectos de hacer uso de la excepción de ilegalidad, constituye una declinatoria de su naturaleza. Y si, la Corte Constitucional de Colombia, por razones que no son de cuestionar en este momento, afirma que la excepción de ilegalidad de los actos administrativos es una competencia exclusiva de los jueces de lo contencioso-administrativo, es claro que no está dentro de las potestades de los árbitros en el derecho administrativo hacer uso de ella. Tal potestad, se reitera, no está al alcance de la jurisdicción arbitral en el derecho administrativo colombiano.

Esta posición, sin embargo, sería válida en un contexto donde se admita la tesis autonomista del arbitraje. En el caso colombiano, como ya se dijo, el arbitraje es una función jurisdiccional transitoria, el árbitro es un particular investido de la potestad de administrar justicia, es decir, un juez; el laudo es una providencia, que hace tránsito a cosa juzgada, susceptible de un recurso judicial extraordinario; el laudo goza del carácter vinculante de toda providencia judicial, pudiéndose ejecutar ante la jurisdicción permanente.

Se podría objetar, en todo caso, que, a pesar de ser función jurisdiccional, el árbitro no es juez contencioso-administrativo y el proceso arbitral es eso, arbitral, no contencioso administrativo. En esa medida, no tendría la potestad de inaplicar un acto administrativo por no ser un juez natural de la Administración.

Dicha objeción olvida que, cuando en un arbitraje es parte la Administración Pública, esta se somete a la jurisdicción arbitral como lo haría ante la jurisdicción natural. Precisamente, los asuntos que se plantean en el arbitraje, son los mismos que se llevarían ante la jurisdicción contenciosa administrativa de suerte que, no hay razón para desconocer que, transitoriamente, el árbitro es el juez de la Administración, por expresa autorización constitucional y previa habilitación de las partes.

¹¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. SC-037, 2000.

Si, conforme a la legislación colombiana, los árbitros están habilitados para declarar la nulidad absoluta de un contrato, de la cláusula compromisoria¹¹⁵, de los actos administrativos¹¹⁶, se reitera, con excepción de los actos que contienen cláusulas exorbitantes¹¹⁷, nada impediría que, en lugar de declarar la nulidad de un acto administrativo ordenara simplemente su inaplicación.

En conclusión, siendo el arbitraje de naturaleza jurisdiccional, goza el árbitro de las mismas potestades declarativas que el juez contencioso administrativo, incluyendo la excepción de ilegalidad del acto administrativo, pese a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana diga lo contrario, y en ausencia de una postura por parte del Consejo de Estado, juez natural de la Administración. Esta afirmación se deriva de lo siguiente:

Primero, en el caso colombiano, el arbitraje goza de naturaleza jurisdiccional. Ello se deriva de la habilitación prevista en el artículo 116 de la Constitución Política, en el cual se dice que, los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, con lo cual, se les reconoce la categoría de jueces. Si son jueces, gozan, en principio, de las mismas potestades y obligaciones reconocidas a los jueces, por ejemplo, el respeto por el principio de validez sobre el cual se asienta el sistema jurídico

Segundo, de la naturaleza misma del arbitraje como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, donde las partes delegan en un tercero, con autonomía, la solución de la controversia, es decir, de contar con la misma naturaleza del proceso judicial estatal.

Tercero, de la posibilidad de que los árbitros resuelvan conflictos donde una de las partes, o ambas, es la Administración Pública, tanto en sentido orgánico como funcional. En este evento, el árbitro se convierte en el juez de la Administración Pública, con la posibilidad de proferir las mismas órdenes que se dictarían en el proceso que se lleve a cabo ante la jurisdicción estatal.

Cuarto, del hecho de que el conflicto que se lleva a la jurisdicción arbitral, es el mismo que se llevaría a la jurisdicción estatal. En el caso colombiano, la Ley 1437 de 2011, señala los asuntos que son de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, para lo cual parte de criterios orgánicos *-la naturaleza de la entidad involucrada-* y funcionales *-la actividad realizada-*. La misma controversia que se

¹¹⁵ Artículos 29 y 30 de la Ley 1563 de 2012.

¹¹⁶ Artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.

¹¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. SC-1436, 2000. Literal c) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, "Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias".

resolvería en la jurisdicción contencioso-administrativa, es la que se lleva ante la jurisdicción arbitral.

Quinto, de la sumisión del árbitro, como juez, a las fuentes del derecho, lo que genera la obligación de aplicar, en la solución del conflicto, las mismas reglas jurídicas que aplicaría el juez estatal. Esto tiene tres consecuencias en el caso colombiano: Primero, que debe ser un arbitraje en derecho, no siendo posible un arbitraje en equidad; segundo, que el derecho aplicable al fondo de la controversia, es el mismo previsto en el sistema jurídico de forma general; tercero, que las reglas del trámite arbitral son las previstas en la ley, no admitiéndose un arbitraje *ad-hoc*. Así las cosas, es un verdadero *arbitraje de Derecho administrativo*.

Sexto, a pesar de que la Corte Constitucional señaló que se trata de una competencia exclusiva del juez contencioso-administrativo, se trata de una cosa juzgada relativa, por cuanto, en ningún momento, se abordó la cuestión precisa de la equivalencia entre el proceso que se lleva a cabo ante el juez contencioso-administrativo y el *arbitraje de Derecho administrativo*. Muy al contrario, si el árbitro, en asuntos de Derecho administrativo, es equivalente a un juez de lo contencioso-administrativo, goza de las mismas facultades, entre ellas, el uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo.

Séptimo, en el caso colombiano, los árbitros, gozan de competencia para ejercer control de legalidad pleno, mediante la declaratoria de nulidad de cláusulas contractuales y de actos administrativos diferentes de aquellos que incorporan poderes exorbitantes. Si le está permitido declarar su nulidad, control pleno, lógicamente le está permitido declarar su inaplicación, control de excepción.